



REFLETINDO COM ROBERT ALEXY SOBRE LIBERDADE E IGUALDADE: SUBSÍDIOS TEÓRICOS PARA UM DEBATE EM TORNO DA INCLUSÃO SOCIAL

Antonio Celso Baeta Minhoto*

INTRODUÇÃO

Robert Alexy é um dos mais destacados pensadores da atualidade, especialmente no campo do direito, da política e da vida em sociedade.

A idéia central desse estudo foi trazer os múltiplos subsídios teóricos produzidos pelo professor em questão com relação a liberdade e igualdade, para então buscar elementos de reflexão sobre a inclusão social.

Chama a atenção, ainda mais, que idéias tão disseminadas e tratadas em diversos níveis, âmbitos, áreas e momentos históricos diversos, como é o caso da liberdade e da igualdade – no mínimo, direitos fundamentais da chamada primeira geração – sigam se mostrando tão polêmicas e tormentosas, especialmente quanto à sua aplicação concreta na vida social.

Ao final, na conclusão, procuramos fazer o fechamento dessas reflexões, muito embora, como o leitor poderá constatar, o texto presente traga em todo o seu bojo observações, digressões e até conclusões pontuais de seu autor.

1. Alexy: liberdade, igualdade e constitucionalismo

Integra o grupo dos mais influentes pensadores contemporâneos no âmbito do direito, Robert Alexy, professor catedrático na Universidade de Kiel, na Alemanha. Seus estudos se voltam de modo marcante para os direitos

* Doutor em Direito Público pela Instituição Toledo de Ensino, Bauru, SP; Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP; Bacharel em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – UNIFMU, São Paulo, SP; Professor Titular de Direito Público na Universidade Municipal de São Caetano do Sul – USCS, SP; Advogado atuante; autor de obras jurídicas. antonio@baetaminhoto.com.br



fundamentais, notadamente com relação às várias questões filosóficas, bem como aquelas ligadas à própria teoria geral do direito que cercam esta temática.

Sem embargo do claro auxílio de tais estudos, como acima dissemos, num caráter mais geral, há, ainda, uma contribuição mais específica – e também especificamente útil – que vem a ser justamente o fato de que Alexy, com relação à liberdade e à igualdade, mormente em face desta última, adota a constituição e a interpretação do Tribunal Constitucional Alemão, por ele tratado como Tribunal Constitucional Federal, como seu ponto de inflexão originário, donde retira subsídios para caminhar de modo reflexivo e obter suas próprias conclusões.

Suas mais relevantes observações se relacionam ao princípio da igualdade. Inicialmente, Alexy menciona que há três vedações essenciais impostas ao legislador: **a)** tratar o igual desigualmente; **b)** tratar o substancialmente igual desigualmente e; **c)** tratar o substancialmente igual arbitrariamente de forma desigual[†], sendo todas elas derivadas da interpretação dada ao tema pelo Tribunal Constitucional Alemão.

O problema maior, dentre as colocações acima, reside na terceira fórmula (letra 'c), pois é preciso aceitar que entre iguais, mesmo em termos substanciais, é possível haver tratamento desigual, porém, o enunciado se faz complementar pelo termo arbitrário (arbitrariamente), o que, por sua vez, nos remete a uma qualificação do tratamento desigual, no caso algo desprovido de um sentido natural de justiça e razoabilidade.

Seria, contudo, esta visão acima destacada de arbitrariedade – algo desprovido de um sentido natural de justiça e razoabilidade – suficiente para apreendermos a idéia em si e, mais ainda, naquilo que pertine[‡] ao tema da diferenciação entre iguais?

[†] ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 402.

[‡] De fato, a noção de arbitrariedade em si não está restrita a este sentido buscado em nosso texto. Uma decisão arbitrária pode ser tanto meramente personalista, caprichosa, como refletidamente tendenciosa, articulada, voltada ao alcance de determinados propósitos, não abonados fora da esfera de considerações pessoais do autor de tal decisão. O termo arbítrio pode ainda tomar um



É o próprio Tribunal Constitucional Alemão, contudo, quem fornece a conceituação do que é, formal e substancialmente, uma diferenciação arbitrária, afirmando que esta ocorre “*se não é possível encontrar um fundamento razoável, que decorra da natureza das coisas, ou uma razão objetivamente evidente para a diferenciação ou para o tratamento igual feitos pela lei*”[§].

É o próprio Alexy quem pondera que, do exposto, “*se infere a necessidade de haver uma razão suficiente que justifique uma diferenciação, e também que a qualificação dessa razão como suficiente é um problema de valoração”^{***} (os grifos são do original).*

O autor em questão, portanto, se afasta das inquinações críticas de caráter puramente formal apontadas às políticas igualitárias, indicando que o campo meritório e, como ele mesmo diz, valorativo, é, por fim, o real ponto de interesse nesse mesmo debate.

Para fins de avaliação das políticas sociais inclusivas, notadamente as públicas, observamos que a colocação acima se reveste da maior importância, pois indica, de modo claro, que qualquer medida adotada com fins de incluir socialmente indivíduos, por seu caráter diferenciador natural, envolve, necessariamente, uma discussão de caráter valorativo.

Longe de se mostrar como uma platitude ou obviedade descartável, tal conclusão incidental se revela de grande importância, pois, em sendo aceita, deixa de lado pontuações de cunho meramente formal sacadas contra tais políticas, o que foi feito, e ainda é, por muitos dos críticos, por exemplo, da ação afirmativa, para mencionarmos uma política inclusiva bastante conhecida^{††}.

sentido “positivo”, como o de exprimir uma faculdade ou prerrogativa a alguém, numa dada situação.

§ *BVerGE* 1, 14 (52), ALEXY, op. cit., p. 407.

** *Idem*, *ibidem*, p. 408.

†† Argumento corrente contra a ação afirmativa dava conta de sua inconstitucionalidade. Muito embora a questão já tenha sido julgada pelo STF na ADPF nº 186 – tendo sido afastada a inconstitucionalidade de tal política inclusiva – a Constituição Federal já abonava, mesmo antes do julgamento em foco portanto, a chamada discriminação lícita. Há alguns exemplos disso. A licença maternidade, de 120 dias, para a mulher e, para o mesmo fato (nascimento) licença paternidade de 5 dias. É uma discriminação perfeitamente lógica e razoável, já que a mulher dá a luz, precisa recuperar-se do parto e amamenta, necessitando de um prazo maior que o homem para estar com



Eficazes ou não, justas ou não, substancialmente cabíveis ou não, tais políticas igualitárias poderão ser objeto de todo tipo de observação crítica, mas não nos parece adequado seu rechaçamento sob uma alegação puramente formal de ofensa ao sistema jurídico-normativo em si, eis que a diferenciação, começamos a vislumbrar aqui, é de ser admitida, restando saber em que termos isso se dará.

Discutir diferenciação, discutir tratamento desigual, discutir políticas igualitárias e distributivas (baseadas, por sua natureza, num tratamento diferenciado), necessariamente atrai um debate de mérito, de substância e não apenas formal^{##}. E Alexy, cujas reflexões sobre a igualdade estão agora sob nossa análise, deixa claro seu posicionamento neste mesmo sentido.

Devemos pontuar, no entanto, que Alexy direciona seus estudos tendo por ponto de partida, e mesmo ponto de inflexão para suas conclusões, o Tribunal Constitucional Alemão. Desse modo, muito embora as disposições normativas sejam levadas em conta na obra do estudioso em apreço, o fato é que a interpretação jurisprudencial é seu foco principal de atenção.

seu filho, adaptar-se a uma realidade que lhe atinge fisicamente, materialmente, o que já não ocorre com o homem. A idade constitucionalmente prevista como mínima para o ingresso do ser humano no mercado de trabalho é de 16 anos, ou 14 na condição de aprendiz (arts. 7o, XXXIII e 227, § 3o, I, Constituição Federal), mas esta diferenciação se dá em face de critérios lógicos, como desenvolvimento físico, mental e psicológicos mínimos do indivíduo, algo determinado biologicamente e avaliado por este critério. Por fim, os deficientes físicos devem ter suas vidas integradas a comunidade e facilitado seu acesso aos cargos públicos, por exemplo (203, IV c/c 37, VIII, Constituição Federal). Decorre daí que participarão tais indivíduos de concursos públicos em situações especiais, vale dizer, positivamente diferenciadas. O tema, portanto, deve ser discutido quanto ao seu mérito e não quanto a forma, eis que diferenciar, discriminar ou segregar são ações perfeitamente lícitas e constitucionais.

^{##} Essa visão substancial para interpretar a questão da ação afirmativa já se manifestava em nossos tribunais mesmo antes do julgamento da questão pelo STF: *“O princípio da igualdade torna-se efetivo não somente pelo oferecimento de iguais condições a todos, mas, também, pela estipulação de discriminação positiva, quando verificada uma desequilíbrio entre determinados grupos sociais que torna dificultosa a plena atenção à isonomia constitucional. Nesse sentido, a reserva de vagas para os negros, indígenas e estudantes de baixa renda, verdadeira discriminação positiva, não ofende o princípio da isonomia (...) A igualdade aqui espelhada deve ser encarada sob uma ótica material, vale dizer, não é suficiente que formalmente todos sejam iguais, que todos recebam tratamento igualitário, se, ao comparar-se a realidade, a igualdade material inexiste. Tal diferenciação é o que justifica a ‘política de cotas’ em universidades públicas, destinando o Estado um percentual das vagas ofertadas a grupos que historicamente não têm, nem nunca tiveram acesso a esse nível de ensino, como comumente ocorre com os negros, com os indígenas e com os estudantes de baixa renda”* (TJ-AM, Remessa de Ofício 2004.003753-5, Rel. Des. Maria das Graças Pessoa Figueiredo, Julgado em 23.03.2005).



O mestre alemão em destaque vê, em verdade, como ponto intransponível o de se adotar a análise puramente formal do princípio da igualdade. Seria tal postura uma espécie de equívoco procedimental ou de abordagem da questão.

Se a diferenciação é, em si, algo existente na idéia de igualdade de modo natural, na verdade de modo intrínseco, não há como se limitar a discussão a uma colocação puramente formal de tal idéia. A discriminação, de um modo ou outro, tomará espaço.

Partindo daí, Alexy pondera ser o grande ponto de interesse *“saber o que é uma razão suficiente para a permissibilidade ou a obrigatoriedade de uma discriminação”*^{§§} isto porque tal razão *“não é algo que o enunciado da igualdade, enquanto tal, pode responder. Para tanto são exigíveis outras considerações, também elas valorativas”*^{***}.

E neste ponto exato outra indagação de relevo surge. Como se chegar a tal razão pelo caminho da decisão judicial sem que seja o Poder Judiciário substituto do legislador, judicializando o campo da política de modo indevido e, ainda mais, num procedimento não democrático?

A pergunta acima permite uma análise extremamente vasta, mas buscaremos, para os fins deste estudo, ao menos percorrer o espaço pertinente aos nossos propósitos. Alexy afasta o risco apontado no questionamento em tela fundando-se, de modo resumido, no fato de que a discricionariedade do legislador permanece íntegra e sempre articulável, seja qual for a linha interpretativa adotada pelo Judiciário^{††}.

Juízes podem limitar a competência do legislador no sentido de amoldá-la às realidades que lhe são direcionadas para análise e manifestação e, neste sentido, podem sugerir caminhos, mas isto não induz, não conduz e não leva a uma conclusão, forçosa, no sentido de uma usurpação de atividades e de um ainda menos provável ferimento ao princípio da separação dos poderes.

^{§§} ALEXY, op. cit., p. 411.

^{***} Idem, ibidem, p. 411.

^{††} ALEXY, op. cit., p. 412.



O Judiciário, em reforço, está sempre adstrito ao caso concreto e, no caso do Brasil, imaginar possa o Supremo Tribunal Federal sumular temática ligada ao princípio da igualdade – o que conferiria a generalidade típica do campo legislativo às decisões judiciais – é algo bastante improvável, senão pela própria natureza da norma, um princípio, também pelo fato concreto, e estatístico, de total ausência de qualquer súmula neste sentido.

Para Alexy, a questão central não é o risco da pergunta acima, risco para ele inexistente. Ele se dedica de modo mais direcionado a saber sobre o cabimento da igualdade fática – aquela que permite a adoção de políticas como a já mencionada ação afirmativa – como meio de se obter o resultado supostamente gerado por sua concreta aplicação, qual seja, o de gerar igualdade fática e, para tanto, propõe que tal cabimento necessita de uma resposta positiva à seguinte premissa: se houver uma razão suficiente para o dever de um tratamento desigual, então o tratamento desigual é obrigatório⁺⁺⁺.

E é neste ponto mesmo que a dificuldade se mostra patente, segundo alega o estudioso destacado, pois a *“idéia de igualdade fática é uma base muito insegura para um reconhecimento judicial de direitos concretos à igualdade fática”*^{§§§} isto porque *“o tribunal teria que adentrar questões não justificáveis e fazer política social”*^{****}, algo que redundaria numa situação a ser evitada, caso contrário, o Tribunal *“necessariamente extrapolaria suas competências”*⁺⁺⁺⁺.

É o mesmo Robert Alexy quem alerta para o risco em sentido inverso, qual seja, o de que uma maioria parlamentar se torne a única entidade a ser ouvida e o único ponto gerador de produção normativa sobre, no caso, a igualdade.

Como os direitos fundamentais são, por definição, algo a ser sustentado e prestigiado de modo independente perante composições parlamentares majoritárias, vemos aí o surgimento de um outro ponto de potencial conflito que,

⁺⁺⁺ Idem, ibidem, p. 422.

^{§§§} ALEXY, op. cit., p. 424.

^{****} Idem, ibidem, p. 424.

⁺⁺⁺⁺ Idem, ibidem, p. 424.



ademais, deverá ser resolvido – ou ao menos acomodado – em conjunto com o ponto anterior.

Para inserir a problemática acima numa rota de harmonia a envolver os diversos valores em jogo, Alexy não fornece uma solução, mas indica um caminho que, na verdade, é um sublinhar de itens já acima mencionados.

Adotando como parâmetro decisões do Tribunal Constitucional Alemão, o jurista em questão inicia ponderando que o casuísmo típico das decisões judiciais neste campo, notadamente quando se opõem princípios e, mais do que isso, direitos fundamentais, deve sempre ser levado em conta, mas não em demasia.

Comenta ainda a noção da reserva do possível, ou do mínimo existencial, verdadeiro carro-chefe de toda uma linha de argumentações que visam justamente impedir a formação da igualdade fática com relação a casos específicos, casos este que, assim, não autorizariam a quebra do princípio geral da igualdade em prol do atendimento de certas situações peculiares, ainda que fundadas numa comprovada necessidade fundamental.

Muito embora a reserva do possível seja algo cuja análise está a demandar ampla pesquisa ^{###}, no caso presente é útil se rememorar que o viés financeiro é adotado como fundamento principal para se impedir a universalização de determinados bens tidos e havidos como fundamentais na sociedade.

O Estado, em suma, não pode ser forçado a prover todos os itens integrantes da vida de cada indivíduo, mesmo aqueles potencialmente úteis ou atraentes, por rigorosa impossibilidade de fazê-lo, razão pela qual deve prover o mínimo necessário, aquilo que lhe é possível suprir.

Mas Alexy questiona como se aferir que mínimo seria esse, eis que é *“praticamente impossível determinar o que faz parte do mínimo existencial*

^{###} Para um aprofundamento do tema da reserva do possível: Marília Lourido dos Santos. **Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas**. Porto Alegre: SAFe, 2006; Andréas Joaquim Krell. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: SAFe, 2002 e; **Direitos fundamentais e direito privado**. Claus-Wilhelm Canaris, Coimbra: Almedina, 2006.



garantido constitucionalmente^{§§§§} e, afinal, quem avalia isso é mesmo o Judiciário, não se podendo “*simplesmente aceitar aquilo que o legislador garante em cada momento*”^{*****}, uma vez que isto “*seria renunciar a um padrão jurídico-constitucional para aquilo que o legislador tem o dever de garantir*”⁺⁺⁺⁺⁺.

Para um país como o Brasil, em desenvolvimento, obter de modo objetivo uma noção suficientemente razoável, equilibrada e aceitável de algo como a reserva do possível pode se tornar uma empreitada tormentosa. As carências de boa parte da população são de tal monta que se corre um risco duplo com direcionamentos em sentidos diametralmente opostos.

Ou, por um lado, reduz-se o patamar do mínimo existencial a um padrão na verdade humanamente indigno, mas estabelecido com base numa realidade histórica e recalcitrante num dado sentido (econômico ou financeiro) ou, de outro lado, se onera em demasia o Estado e a sociedade com o atendimento de demandas represadas ao longo de muitos anos (sentido social e inclusivo), inacolhíveis de plano por rigorosa impossibilidade material deste mesmo Estado e desta mesma sociedade.

Alexy, no tocante à liberdade, registra que há um direito de liberdade inicial, de caráter mais geral, amplo, contemplado no artigo 2º, §1º da Lei Fundamental alemã.

Diz o pensador alemão que a liberdade tomada nesta acepção mais genérica, traduz-se em duas vertentes significativas: “*de um lado, a cada um é prima facie – ou seja, caso nenhuma restrição ocorra – permitido fazer ou deixar de fazer o que quiser (norma permissiva)*” (grifo do texto original).

Prossegue ainda o estudioso destacado, trazendo a segunda manifestação de significação da idéia em questão ponderando que “*cada um tem prima facie – ou seja, caso nenhuma restrição ocorra – o direito, em face do Estado, a que este não*

§§§§ ALEXY, op. cit., p. 427.

***** Idem, ibidem, p. 427.

+++++ Idem, ibidem, cit., p. 427.



embarace sua ação ou sua abstenção, ou seja, a que o Estado nelas não intervenha (norma de direitos). ##### (grifo do texto original)

O dispositivo em apreço, para Alexy, “*inclui todas as ações dos titulares de direitos fundamentais (norma permissiva) e todas as intervenções do Estado nas ações desses titulares (norma de direitos)*”.

No caso do Brasil, a Constituição Federal vigente não traz um só comando tão amplo quanto o dispositivo alemão acima mencionado, possuindo, em verdade, uma base genérica de liberdade formal, mas também conteudística, no *caput* e inciso II de seu artigo 5º, algo reverberado em outros comandos constitucionais, especialmente no mesmo artigo 5º, como faz exemplo o inciso IV ali existente.

O autor ora analisado menciona Walter Schmidt como um dos principais críticos desta visão por demais ampliada do conceito de liberdade, a seu ver adotada pelo Tribunal Alemão, pois seria isto um “*direito de liberdade sem suporte fático de liberdade*” e também “*sem substância*”^{§§§§§}.

Esta visão é igualmente compartilhada por Horst Ehmke, cujas objeções vão ainda mais adiante, defendendo que uma tal visão da liberdade constitucionalizaria por completo a matéria, com efeitos deletérios notáveis, uma vez que “*toda lei que restrinja a liberdade geral de ação – e qual não o faz ? – pode ser impugnada por meio de uma reclamação constitucional, sob a alegação de que viola algum dispositivo qualquer da Constituição*”^{*****}.

Alexy afasta, contudo, as críticas acima referidas e o faz mencionando o fato de que o Tribunal Constitucional Alemão adotou o sopesamento como critério de aferição tanto do gozo da liberdade pelo indivíduo como também em relação ao grau de intervenção estatal na fruição de tal direito⁺⁺⁺⁺⁺, razão pela qual “*esse*

ALEXY, op. cit., p. 343.

§§§§§ SCHMIDT *apud* ALEXY, op. cit., p. 345.

***** EHMKE *apud* ALEXY, op. cit., p. 345.

+++++ “*Quanto mais a intervenção legal afetar expressões elementares da liberdade de ação humana, tanto mais cuidadosamente devem ser sopesadas as razões utilizadas como fundamentação contra a pretensão básica de liberdade dos cidadãos*”, BVerfGE 20, 150 (159), ALEXY, op. cit., p. 349. Para ilustrar ainda melhor esse entendimento, Alexy pondera que “*o Tribunal Constitucional Federal considerou, com razão, a proibição de alimentar pombas nas ruas e áreas públicas de Mönchengladbach ‘uma intervenção bastante limitada na liberdade de demonstrar o amor aos*



*direito [de liberdade] não pode ser sem substância, já que algo que careça de substância não poderia ser sopesado”*****.*

Superado este primeiro ponto de nossa análise sobre o princípio da liberdade na obra de Alexy, de todo conveniente introduzir conceito importante trazido pelo mesmo autor em face deste mesmo princípio, mas agora já o conectando a um outro direito fundamental de intensa análise contemporânea, a dignidade da pessoa humana.

A conexão feita por Alexy entre liberdade e dignidade da pessoa humana é bastante importante para os fins aqui buscados, pois, a dignidade da pessoa humana é utilizada pelos defensores das ações inclusivas (por exemplo ação afirmativa e como elemento de crítica à teoria da reserva do possível ou do mínimo existencial), servindo de base fundamental para a restrição da liberdade da maioria frente a um direito de inclusão de certas minorias, ou de grupos minoritários.

O problema a circundar a idéia da dignidade humana parece ser a demasiada amplitude ou a multiplicidade de possíveis conceituações aplicáveis a tal locução. Isto se transforma num desafio, pois se pode tornar uma idéia plenamente exequível, razoável, justa, uma concreta evolução de patamar na evolução da sociedade humana, em algo tão genérico que sua utilização adquiriria contornos de uma verdadeira panacéia, banalizando, desse modo, objetivos mais nobres e contundentes de sua real aplicação. Alexy também denuncia tal estado de coisas§§§§§§.

Alexy nos traz, uma vez mais, a visão do Tribunal Constitucional Alemão e o faz para destacar, e também endossar, a imbricação forçosa existente entre liberdade e dignidade humana. A liberdade só poder ser exercida, segundo esta visão, se o for com fincas na dignidade humana.

animais’. Em contrapartida, uma proibição ampla de toda e qualquer forma de demonstrar o amor aos animais seria uma intervenção mais intensa na liberdade negativa”, op. cit., p. 354.

***** ALEXY, op. cit., 350.

§§§§§§ Idem, ibidem, 355.



*“A norma da dignidade humana” diz o Tribunal Constitucional Alemão, “está baseada na compreensão do ser humano como um ser intelectual e moral, capaz de se determinar e de se desenvolver em liberdade”*****, ao que Alexy ainda procura trazer uma contribuição em caráter adicional, pontuando ser importante o “contexto jurídico” da idéia de liberdade, garantida por um aparato externo de cunho estatal e, neste sentido, “sem a liberdade jurídica negativa não há dignidade humana em um sentido juridicamente relevante”.+++++*

E o mesmo Tribunal conclui o raciocínio acima, inserindo uma concepção de certo modo comunitária da liberdade afirmando que *“a constituição alemã não concebe essa liberdade como uma liberdade de um indivíduo isolado e autocrático, mas como um indivíduo relacionado a uma comunidade e a ela vinculado”+++++*, sendo que mais adiante o mesmo Alexy nos informa que o Tribunal em foco já decidiu, neste mesmo sentido§§§§§§:

O indivíduo tem que se conformar com as restrições à sua liberdade de ação, impostas pelo legislador com o objetivo de manter e fomentar a convivência social dentro dos limites daquilo que é razoavelmente exigível diante das circunstâncias e desde que a independência da pessoa seja preservada.

Neste ponto, vemos uma diferenciação bastante relevante a ser anotada entre a visão de Alexy e aquela defendida por teóricos mais tradicionais do liberalismo, como John Stuart Mill e, mesmo em tempos mais próximos, Friedrich Hayek, com sua visão de uma liberdade praticamente sem limites*****.

***** BVerfGE 45, 187 (227), ALEXY, op. cit., 356.

+++++ Idem, ibidem, p. 357.

+++++ BVerfGE 45, 187 (227), ALEXY, op. cit., 356.

§§§§§ BVerfGE 4, 7 (16), ALEXY, op. cit., 357.

***** Dada a relevância de Hayek na história do pensamento liberal, tendo sido agraciado com um prêmio Nobel de Economia em 1974, recomenda-se, para um conhecimento mais profundo de suas idéias, a leitura de uma de suas mais destacadas obras no âmbito do estudo da liberdade e da



Com relação à igualdade já comentamos o suficiente neste tópico, a nosso ver, com relação ao pensamento de Alexy. Mas quanto à liberdade, chama a atenção o fato de que Alexy, muito embora voltado a uma análise, digamos, mais técnica, mais constitucional, mais jurídica, não adota um viés socialista ou socializante para defender posturas que, ao final, poderiam ser identificadas, politicamente, com o ideário socialista ou, pelo menos, com o ideal comunitarista mais contemporâneo.

Podemos dizer que Alexy, “tecnicamente”, defende uma visão jurídica que se coaduna de modo harmonioso com posturas e pretensões de caráter inclusivo, comunitarista, muito embora, deixemos isso claro, se trate tal observação de uma ligação ou conexão interpretativa de nossa parte a partir da leitura de suas reflexões.

Mostra-se possível, segundo esta visão, adotar-se políticas restritivas de uma liberdade mais geral para contemplar valores sociais e comunitários maiores ou mais amplos ou mais profundos, fundando-se, para tanto – o que acaba por tornar-se uma espécie de reforço ao argumento ora expendido – na visão defendida pelo próprio Tribunal Constitucional Alemão.

Este último, no particular, realmente procura contemplar uma certa transcendência referentemente à sociedade humana, uma espécie de projeto mais amplo do que as garantias individuais do ser humano tomado isoladamente, eis que o indivíduo deve estar disposto a aceitar certas limitações à sua liberdade *“com o objetivo de manter e fomentar a convivência social dentro dos limites daquilo que é razoavelmente exigível diante das circunstâncias (...)”*.

E é John Rawls quem nos fornece, neste ponto, úteis subsídios no sentido ora exposto iniciando um comentário seu com uma indagação relevante para o ponto presente: *“em que sentido os cidadãos são vistos como pessoas iguais?”*⁺⁺⁺⁺⁺⁺ e, na

igualdade, disposta em três volumes, denominada **Direito, Legislação e Liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política**. Vol. 1, 2 e 3. São Paulo: Visão, 1985.

⁺⁺⁺⁺⁺⁺ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 43.



seqüência, explicita o jurista norte-americano em destaque como esta igualdade irá se dar efetivamente na vivência social^{*****}:

Digamos que são vistos como iguais na medida em que se considera que todos têm, num grau mínimo essencial, as faculdades morais necessárias para envolver-se na cooperação social a vida toda e participar da sociedade como cidadãos iguais.

Também uma vez mais, observamos como pesquisadores, estudiosos, juristas e doutrinadores de um modo geral de formações bastante díspares entre si exibem visões harmônicas e por vezes até complementares.

Rawls não se baseia, desse modo, na visão da Suprema Corte Norte-Americana, como faz Alexy em relação à Alemanha, mas ambos articulam visões bastante próximas ligadas a uma aplicação contemporânea dos princípios da liberdade e da igualdade.

Como as ações e políticas inclusivas trabalham fundamentalmente com a idéia de restrição de liberdade de uma maioria frente ao direito de inclusão (igualdade) de uma minoria frente àquela maioria, vemos que os subsídios acima são relevantes, principalmente no sentido de poder afastar as críticas comumente feitas a este tipo de política, inquinando-a de inconstitucional por ofensa ao princípio da igualdade e por ferir, também, o princípio da liberdade.

Caminhando para o fecho deste ponto, vemos que este tipo de crítica pode ser sustentada numa determinada concepção de liberdade e igualdade, mas esta visão não abarca todas as possibilidades e nem esgota todo o conteúdo valorativo existente em tais princípios.

CONCLUSÃO

Referimos acima que as nossas observações, e o que se poderia nominar de conclusões, encontram-se já dispostas ao longo do presente estudo. Neste ponto, entendemos, nada obstante, que alguns aspectos merecem reforço ou destaque.

***** Idem, ibidem, p. 44.



Robert Alexy é um teórico de máxima grandeza e nos mostra algo útil no que se refere à articulação do princípio da igualdade no âmbito das políticas inclusivas: é plenamente possível acolher tais políticas no bojo do nosso sistema jurídico-normativo, e aí nos referimos ao sistema brasileiro.

Esse aspecto, inclusive, foi claramente acolhido no julgamento pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro da ADPF 186 cujo objeto era uma das mais conhecidas políticas públicas inclusivas, uma modalidade de ação afirmativa, as chamadas cotas étnicas universitárias.

Prevaleceu, naquele julgamento, algo aqui indicado nos estudos de Alexy, qual seja o fato, e a constatação, de que a previsão constitucional relativa ao princípio da igualdade não precisa ficar como que atada, presa numa camisa de força formal em que os cidadãos são todos tomados como iguais porque a Constituição assim o declara.

Essa mesma Constituição, se nos atermos ao seu caráter enunciativo, também se declara *“fraterna, pluralista e sem preconceitos”* em seu preâmbulo, assim como concebe o Brasil como um *“Estado Democrático de Direito”* (art. 1º) e tem como um dos objetivos da nação brasileira *“construir uma sociedade livre, justa e solidária”* (art. 3º, I), sendo que este último dispositivo traduz bem claramente a idéia de que a Constituição é também um dever, uma edificação permanente, uma busca, um projeto coletivo do que um povo deseja para si, e não algo pronto, acabado e limitado ao declarado.

Além disso, essa noção meramente declarativa mostra-se datada e por demais vinculada a cânones liberais cujo sentido de existência encontra-se esgotado e, de todo modo, é isso algo que não pode ser sobreposto à realidade social em relação a qual a Constituição Brasileira – aliás, qualquer constituição moderna – busca dialogar.

Em conclusão, a inclusão social, e as políticas públicas e privadas que lhe servem como instrumentos de concretização, veio para ficar e não há razão nenhuma para se imaginar que a nossa Constituição Federal, a constituição vigente e apodada carinhosamente de *“Cidadã”*, não possa acolher tal pretensão.



REFERENCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2006.
- HAYEK, Friedrich. **Direito, Legislação e Liberdade**: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. Vol. 1, 2 e 3. São Paulo: Visão, 1985.
- KRELL, Andréas Joaquin. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: SAFe, 2002.
- RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- SANTOS, Marília Lourido dos. **Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas**. Porto Alegre: SAFe, 2006.